Stichting Overheidsopdrachten
Fondation Marchés Publics

Resolved_

MARCHÉS PUBLICS

COMMENT ÉVITER LES MARCHÉS PUBLICS ?

COLLOQUE DE LA FONDATION DES MARCHÉS PUBLICS

GAUTHIER ERVYN et OLIVIER VANDINGENEN – 18 MARS 2025

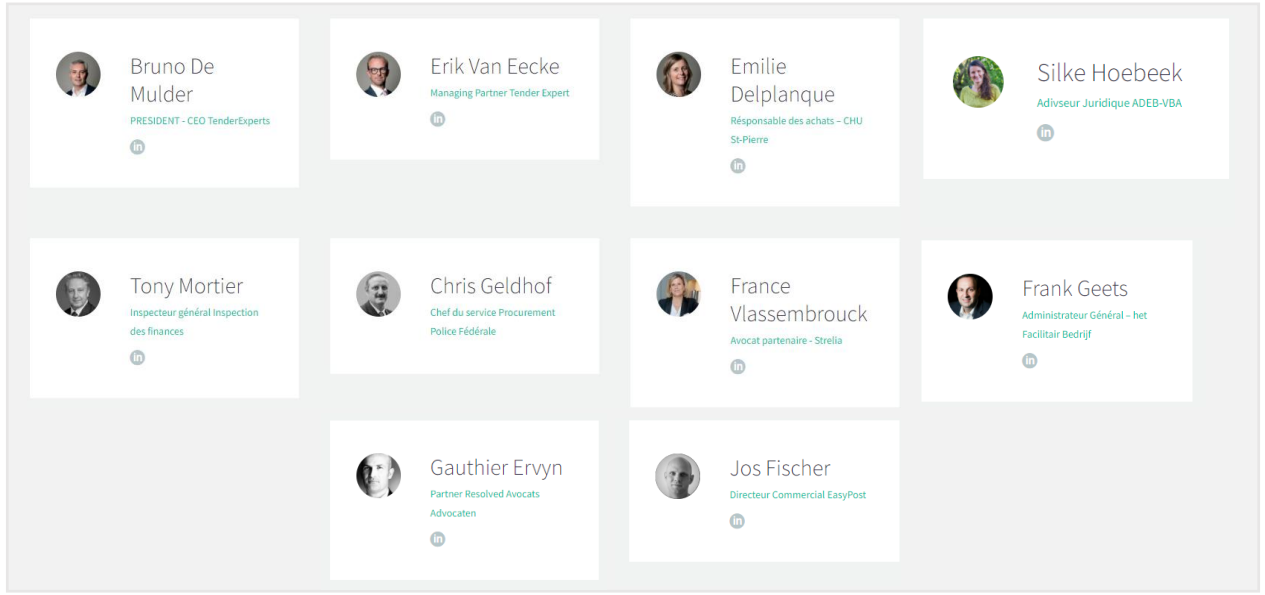
STICHTING OVERHEIDSOPDRACHTEN

PERFORMANTER AANBESTEDEN

FONDATION MARCHES PUBLICS

DES MARCHÉS PUBLICS PLUS PERFORMANTS

QUI SOMMES NOUS ?



100% à but non lucratif

Conseil d'administration indépendant

Membres = 750 administrations & 86 entreprises

- Partageons les expériences, les données et les connaissances
- Favorisons la transparence et l'égalité

750
Members Administrations

86
Members Entreprises

INITIATIVES



ÉVÉNEMENTS



17 septembre 2024 - 8h30 - 13h30

RISQUES DE SÉCURITÉ DANS LES MARCHÉS PUBLICS @ VUB



10 juin 2024 - 8h30 - 16h00

JOURNÉE D'INSPIRATION SUR L'IA DANS LES MARCHÉS PUBLICS @ DELOITTE



26 avril 2024 - 11h30 - 15h00

DÉJEUNER MEET-THE-BUYER CENTRALES D'ACHAT @ CHÂTEAU DU LAC



CYCLE DE FORMATION 20 -JOURS



INITIATIVES

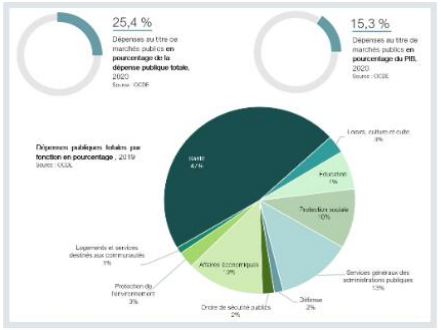


MEMORANDUM 2024

8 ACTIEPUNTEN OM PERFORMANTER AAN TE BESTEDEN VANAF DE VOLGENDE LEGISLATUUR

- Législation moins complexe / plus d'acheteurs publics
- Sécurité
- Récolte de données et coûts de transaction

TEÉLÉCHARGEZ LE MEMORANDUM 2024 ICI





TENDER BAROMETRE

Consultable en ligne : https://www.fondationmarchespublics.org/initiatieven/tender-barometre/

RESOLVED AVOCATS

- ✓10 avocats spécialisés en droit administratif / public
- ✓2 secrétaires
- ✓20 ans d'expérience en marchés publics
- ✓www.resolved.law
- ✓www.marchéspublics.be
- ✓Contact : Gauthier ERVYN

ge@resolved.law
02/315.53.00
0473/87.78.54

Resolved
ON YOUR SIDE

POURQUOI ÉVITER LES MARCHÉS PUBLICS?

MP = « *MOINS MAUVAIS* » SYSTÈME TROUVÉ POUR GARANTIR LA TRANSPARENCE ET L'EGALITE DANS LES COMMANDES DES POUVOIRS PUBLICS

MAIS

- Procédures chronophages
- Coûts administratifs importants
- Exigence de professionnalisation juridique et technique

(c'est le client qui définit la solution)

- Atteinte des objectifs?
- Peur des recours

L'ILLUSION DE LA LIBERTÉ…

- Même si pas de MP, égalité/transparence/non-discrimination/proportionnalité
  - ❖ C.E., 23 décembre 2015, n° 233.355, KINEPOLIS
- Obligation de transparence = degré de publicité adéquat pour:
  - ❖ Ouverture à la concurrence: égal accès des opérateurs aux contrats
  - ❖ Impartialité de la procédure: garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire des procédures

KINEPOLIS MEGA VS DE LIJN – CONSEIL D'ÉTAT N° 233.355 (23/12/2015)

- Kinepolis conteste la décision de De Lijn d'octroyer un **bail emphytéotique** à Heeren Group.
- Le terrain concerné servait de **parking pour le Kinepolis** d'Anvers et faisait l'objet d'une **convention d'occupation depuis 2003**.
- **Octroi du bail** est un **acte administratif détachable** contestable.
- **Violation des principes** de **transparence, égalité et non-discrimination**.
- **Absence d'appel au marché** et de publicité adéquate.
- **Aspect transfrontalier - atteinte au droit européen**

L'ILLUSION DE LA LIBERTÉ…

- Pour tous les pouvoirs adjudicateurs

  C.J.U.E., 13 avril 2010,aff. C-91/08, Wall AG

  - Concession de services d'exploitation de toilettes publiques à FRANCFORT
  - Changement de sous-traitant (WALL AG) par le concessionnaire (FES) en cours d'exécution
  - Question préjudicielle: FES, qui pourrait être un organisme de droit public, est-elle tenue aux principes généraux lorsqu'elle sous-traite une concession de services? OUI car les principes généraux sont à respecter par tous les pouvoirs adjudicateurs

- Même pour les actes unilatéraux créateurs de droits exclusifs

  C.J.U.E., 3 juin 2010, aff. C-203/08, Sporting Exchange Ltd (BETFAIR)

  - Renouvellement d'une licence d'exploitation de jeux de hasard aux PAYS-BAS
  - Octroi sans mise en concurrence à « DE LOTTO »
  - L'absence de contrat ne fait pas échapper aux principes généraux
  - Transparence = préalable à tout octroi d'un droit exclusif économique

LES DANGERS DE L'ABSENCE DE CADRE

- Pas de détermination claire de la publicité
- Quelle procédure appliquer et suivant quelles modalités?
- Risques de recours continus ?

OBJET DU SÉMINAIRE

I. Quelles sont les exceptions/souplesses possibles prévues par la règlementation des marchés publics?

II. Quelles sont les exceptions/souplesses possibles hors de la règlementation des marchés publics?

- ❖ Pour limiter les contraintes administratives
- ❖ Pour réduire les moyens humains et coûts à monopoliser
- ❖ Pour faciliter le choix des adjudicataires

Quelques solutions mais … pas de miracle!

I. LES EXCEPTIONS/SOUPLESSES **PRÉVUES** PAR LA RÈGLEMENTATION DES MARCHÉS PUBLICS

(i) La relation in-house et la coopération horizontale non-institutionalisée

(i) Les centrales d'achat et les marchés conjoints occasionnels

(ii) Travaux, Fournitures et services complémentaires

(iii) Services sociaux et autres services spécifiques

(iv) Procédure négociée sans publication préalable et marchés de faible montant

RELATION IN-HOUSE ET COOPÉRATION HORIZONTALE NON-INSTITUTIONALISÉE

Commander en interne ou auprès de partenaires publics

LA RELATION IN-HOUSE (ART. 30 LOI 17/06/2016)

La relation entre un pouvoir adjudicateur (« PA ») et une personne morale publique ou privée (« PM ») portant sur une prestation de services, une exécution de travaux ou un approvisionnement en fournitures qui ne sera pas soumis à la règlementation des marchés publics si :

1° Le PA exerce sur la PM un **contrôle analogue** à celui exercé sur ses services

2° **Plus de 80% des activités** de la PM sont réalisées en faveur du PA

3° **Absence** de participation directe de **capitaux privés** dans la PM contrôlée, sauf dispositions légales l'autorisant

1° UN CONTRÔLE ANALOGUE

Il existe un contrôle analogue dès l'instant où :

- l'organe de gestion de la PM est composé de **représentant(s) du PA**
- Le PA exerce une **influence décisive** sur **toutes** les décisions de la PM (C.J.U.E., C-15/13 du 8 mai 2014 - *Technische Universität Hamburg-Harburg*)
- L'objet social de la PM n'est **pas contraire aux objectifs du PA**

Quels sont les indices tendant à une absence ou une perte de ce contrôle ?

→ **Vocation de marché** : la PM contrôlée a un but lucratif ou commercial

→ Ouverture obligatoire à d'autre capitaux – expansion du domaine d'activité à l'étranger – pouvoirs du CA très étendus – transformation de la société en SA – élargissement de l'objet social de la PM, ….

2° PLUS DE 80% DES ACTIVITÉS EN FAVEUR DU PA

Comment le déterminer ? (Art. 30, §4)

→Chiffre d'affaires total moyen ;

OU

→« *un autre paramètre approprié fondé sur les activités tel que les couts supportés par la PM ou le PA concerné, pendant les trois années précédant la passation du marché*. »

Quid si la PM contrôlée a moins de 3 ans ?

→ Projections d'activités

3° ABSENCE DE CAPITAUX PRIVÉS

Arrêt *Stadt Halle* - C-26/03 du 11 janvier 2005

La participation « *aussi minime soit-elle* » d'une entreprise privée dans le capital d'une filiale d'un pouvoir public **exclut un contrôle analogue** du PA sur la PM au motif que le placement d'un capital privé poursuit des objectifs différents de celui de l'autorité publique (intérêt public).

Droit belge (Art. 30, §1, 3°) inspiré de la Directive 2014 :

« *Capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la PM contrôlée* »

→Inexistante à ce jour dans la législation belge (existe en Allemagne, Italie, …)

Modification de capital vers le privé en cours de relation in-house :

→ Changement fondamental d'une condition du marché : **nouveau marché!**

LES TYPES DE IN-HOUSE

A. IN-HOUSE VERTICAL

Notion : un PA contrôle une PM dont il est le seul actionnaire

Exemple :

- La Région wallonne confie la gestion de certaines infrastructures routières à la SOFICO
- La ville de Bruxelles et I-city pour la gestion de ses systèmes informatiques
- Une commune vis-à-vis d'une régie communale autonome

Variante : In-house vertical ascendant : la PM contrôlée attribue un marché au PA

→La condition des 80% de l'activité disparait

LES TYPES DE RELATION IN-HOUSE

II. IN-HOUSE CONJOINT

Notion: plusieurs autorités publiques choisissent de réaliser leurs missions de service public en ayant recours à une entité commune sans qu'une de ces autorités n'exerce un contrôle majoritaire au sein de cette entité.

Exemple : Brutélé, Igretech

Particularité : chaque autorité publique doit être représentée au sein de l'organe de gestion de la PM contrôlée et ce contrôle doit pouvoir être exercé conjointement. (*C-383/21, 22 décembre 2022 - Sambre&Biesme et Commune de Farciennes*)

- Une personne peut représenter plusieurs autorités (*CJUE 13 novembre 2008 – Coditel*)

LES TYPES DE IN-HOUSE

III. IN-HOUSE INDIRECT/EN CASCADE

Notion : un PA peut passer un contrat sans mise en concurrence avec une société contrôlée par une société qu'il contrôle. (*CJUE, 11 mai 2006, Carbotermo*)

Exemple : Une Région contrôle une entité chargée de la collecte des déchets. Cette entité contrôle une personne morale dont l'objet est l'entretien de matériel roulant. La Région fait appel à cette seconde entité pour l'entretien de ses véhicules.

IV. IN-HOUSE COLLATERAL

Notion : une personne morale contrôlée par un PA confie des missions à une autre personne morale contrôlée par ce même PA

Exemple : La Région wallonne contrôle la TEC et la SOFICO. La TEC confie la gestion de certaines infrastructures routières liées à ses transports à la SOFICO.

CONSEILS

- Premier conseil : se poser la question : « ai-je dans mon environnement des entités *mère, fille, sœur* qui pourraient répondre à mon besoin ? »

Ensuite, si une relation in-house peut s'envisager :

- S'assurer d'exercer un contrôle similaire à celui exercé sur ses services : associés/actionnaires de la PM et représentants au sein du Conseil d'administration de la PM, mécanisme de supervision, reporting régulier,…
- Check des 80% de l'activité de la PM : vérifier annuellement le chiffre d'affaire et le volume d'activité, dispositions statutaires restrictives, …
- Dossier administratif : avoir un dossier de préparation (juridique, opérationnel, …) contenant les décisions internes, les rapports d'activité, …
- Attention à l'évolution de la PM : capitaux, composition des organes de gestion, ….

→ Absence ou perte d'une des conditions : la relation perdra sa qualification « in-house » et le PA devra remettre en concurrence.

LA COOPÉRATION HORIZONTALE NON-INSTITUTIONNALISÉE (ART. 31)

Un marché conclu exclusivement entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus ne relève pas du champ d'application de la présente loi, lorsque chacune des conditions suivantes est réunie :

1° le marché établit ou met en œuvre **une coopération** entre les **pouvoirs adjudicateurs** participants dans le but de garantir que les **services publics** dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les **objectifs** qu'ils ont en **commun**;

2° la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des **considérations d'intérêt public**; et

3° les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché concurrentiel **moins de 20 % des activités** concernées par la coopération. Ce pourcentage d'activités est déterminé conformément à l'article 30, § 4.

ANALYSE DES CONDITIONS

À l'instar de la relation in-house, ces conditions sont **cumulatives :**

- **Uniquement entre pouvoirs adjudicateurs !**
- La mission de service public visée par l'article 31 ne doit pas être commune aux PA mais bien leurs objectifs
- Tous les PA en coopération ne doivent pas exécuter les obligations contractuelles, tant que l'engagement de coopération est pris à l'exécution du service public
- Présence d'une **vraie** coopération : assistance réciproque et mutuelle par chacun des acteurs
- Dimension collaborative >< marchés publics : définir leurs besoins respectifs et les solutions à y apporter (*C.J.U.E., C-480/06 du 9 juin 2009*)
- Éviter que la coopération ne vise des considérations commerciales (// in-house)

→ La partie « commerciale » ne peut excéder 20% du résultat global de la coopération

EN PRATIQUE ?

Coopération admise

- Construction d'un incinérateur commun pour les besoins respectifs des PA en coopération relatifs au traitement de leurs déchets.
- Gestion d'un logiciel informatique commun

Coopération non admise

- Accord sur l'exécution d'une tâche par un des PA contre rémunération ou un remboursement de frais (Article 12, Directive 2014/24)

CONSEILS ET PIÈGES À ÉVITER !

- *Vérifier que la coopération poursuit bien des intérêts publics et non lucratifs et détailler comment elle permettra la réalisation des objectifs communs*
- *Démontrer l'existence d'une vraie collaboration et non d'une externalisation déguisée (détail des contributions et responsabilités de chacun, gouvernance partagée, accord écrit, …)*
- *Mettre par écrit les ressources apportées par chaque coopérant*
- ✕ *Participation passive/ absence de participation de certains PA*
- ✕ *Bénéfice de la coopération à une entité privée*
- ✕ *Accord informel*
- ✕ *Vérifier périodiquement si les termes de l'accord sont toujours effectifs*

TABLEAU DE SYNTHÈSE

Critères	Relation In-House (Art. 30)	Coopération Horizontale (Art. 31)
Base légale	Article 30, loi du 17 juin 2016	Article 31, loi du 17 juin 2016
Création d'une entité juridique	Oui, entité distincte contrôlée par le pouvoir adjudicateur	Non, simple accord entre pouvoirs adjudicateurs
Mode de contrôle	Le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle similaire à celui qu'il exerce sur ses propres services	Pas de relation hiérarchique, coopération sur un pied d'égalité
Objet de la relation	Prestation de services ou fourniture de biens principalement pour les entités contrôlantes	Collaboration pour atteindre un objectif d'intérêt public commun
Participation privée	Interdite ou strictement marginale	Interdite
Relation client-fournisseur	Oui, il y a une relation contractuelle	Non, il s'agit d'un partenariat équilibré

CENTRALES D'ACHAT ET MARCHÉ CONJOINT

Attribuer des marchés via/avec un tiers

COMMENT ACHETER ENSEMBLE ? LE RECOURS AUX CENTRALES D'ACHAT

- La centrale d'achat :
  - Technique de rationalisation et de regroupement de marchés
  - Externalisation auprès d'un service spécialisé qui réalise des achats centralisés en permanence
  - Succès croissant
  - Avantages :
    - Réduction du nombre de marchés à gérer en interne
    - Centralisation des compétences et des connaissances
    - Économies de personnel + d'échelle

RECOURS A LA CENTRALE SANS MP

- Liberté de recourir à une centrale d'achats
- PA peut charger une centrale d'achats de services d'achats centralisés / auxiliaires, sans MP (art. 47 §4 LMP)
- PA qui recourt à une centrale d'achat est dispensé de l'obligation d'organiser lui-même une procédure de passation (art. 47 § 2 LMP)

CENTRALE D'ACHAT : ACTIVITÉS D'ACHAT CENTRALISÉES

- **1re forme** = acquisition de fournitures et/ou de services (pas de travaux) pour des adjudicateurs
  - « Grossiste »
  - Passation + exécution
  - (« Centrale d'achat » selon la loi du 15/06/2006)

- **2e forme** = passation de marchés publics et d'accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services pour des adjudicateurs
  - « Intermédiaire » qui mène des procédures de passation :
    - De manière autonome
    - Sur instructions de pouvoirs adjudicateurs
  - Passation
  - (« Centrale de marché » selon la loi du 15/06/2006)

CENTRALE D'ACHAT

- Centrale d'achat = pouvoir adjudicateur (art. 2, 6°, loi du 17/06/2016)
  - Activités d'achat centralisées (art. 2, 7°)
  - Activités d'achat auxiliaires (art. 2, 8°)

CENTRALE D'ACHAT : ACTIVITÉS D'ACHAT AUXILIAIRES

art. 2, 8°, loi du 17/06/2016

« *activités d'achat auxiliaires: des activités qui consistent à fournir un appui aux activités d'achat, notamment sous les formes suivantes:*

- *a) infrastructures techniques permettant aux adjudicateurs de passer des marchés publics ou des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services;*
- *b) conseil sur le déroulement ou la conception des procédures de passation;*
- *c) préparation et gestion des procédures de passation au nom de l'adjudicateur concerné et pour son compte;* »

Ex. : assistance à la conception de la commande, assistance à l'attribution, assistance dans l'exécution.

CENTRALE D'ACHAT

- **<u>Seul un pouvoir adjudicateur peut être une centrale d'achat !</u>**
  - Les adjudicateurs ne peuvent faire aucun achat auprès d'entités exclusivement privées qui auraient volontairement appliqué la législation sur les MP mais qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs.
  - Conséquence d'une violation: nullité?
- (Possibilité de faire appel à une centrale d'achat située dans un autre EM.)

CENTRALE D'ACHAT = POUVOIR ADJUDICATEUR

Selon l'art. 2, 1° de la loi du 17/06/2016, un pouvoir adjudicateur :

- a) L'Etat
- b) Les Régions, les Communautés et les autorités locales
- c) Les organismes de droit public (catégorie « fourre-tout »)
  - Dotés de la PJ
  - Créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial
  - Et qui dépendent étroitement de l'E, des R, des C, des AL ou d'autres ODP
    - Financement majoritaire
    - Contrôle de la gestion
    - Ou désignation de la majorité des membres du conseil d'administration
- d) Les associations formées par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs visés au a), b) ou c) (catégorie résiduelle)

EXEMPLES DE CENTRALES D'ACHAT

- Ex. de centrale d'achat de l'Etat fédéral :
  - Le SPF BOSA: Participation à des contrats communs pour des participants passifs et des participants via la clause centrale d'achat | BOSA
  - Arrêté royal du 21/07/2023 relatif aux marchés publics fédéraux centralisés dans le cadre de la politique fédérale d'achats
- Ex. de centrale d'achat de la Région wallonne et FWB :
  - La centrale d'achat du SPW (https://www.wallonie.be/fr/demarches/adherer-une-centrale-dachats-en-logistique)
  - https://www.etnic.be/
- Ex. de centrale d'achat d'organisme de droit public:
  - Bruxelles environnement : fournitures de bureau durables et de papier écologique, véhicules électriques en leasing
  - L'ASBL i-CITY (à Bruxelles) : fournitures et services informatiques
  - Iris-Achats: fournitures et services médicaux

  Cfr notamment: https://pouvoirs-locaux.brussels/sites/default/files/uploads/Fichiers%20PDF/DG/DG_Synergies/240621_Annexe_Bijlage.xlsx

CONTRE-EXEMPLE DE CENTRALE D'ACHAT

- ASBL dont les membres ne sont pas tous des PA
- Règlement d'adhésion : « *Par son adhésion, le membre souscrit et approuve la désignation et la composition du Conseil d'administration de l'ASBL. Par son adhésion, le membre donne plein mandat au Conseil d'Administration et ratifie ses décisions.* ».
- Cette ASBL est-elle réellement un pouvoir adjudicateur ? Non. Il n'y a pas de désignation des membres du CA par des PA.

PA BÉNÉFICIAIRES / ADHÉRENTS

Contractualisation:

- convention de mandat / engagement d'affiliation
- pas de nécessité de devenir un associé / actionnaire / membre de l'AG (≠ *in house*)
- rémunération: cotisation, pourcentage MP subséquents, … sans marge bénéficiaire?
- Adjudicateurs (mais rien n'exclut que la centrale achète aussi pour des « non-adjudicateurs »)
- Non-exclusivité: liberté de passer des marchés ayant le même objet que celui proposé par la centrale
- une centrale d'achat n'est jamais obligée d'accepter un adhérent.
- quid ajout de participants: modification non-substantielle?

MP DES CENTRALE D'ACHATS: ACCORD-CADRE

- Art. 2,35° L 17/06/16 : *« accord entre un ou plusieurs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées »*

- Art. 43 LMP :
  - Avec ou sans remise en concurrence
  - Définit ou pas toutes les conditions régissant l'objet du marché
  - Critères d'attribution peuvent changer mais à mentionner dans le CSC

MARCHÉS PASSÉS PAR CENTRALE D'ACHATS

Accord-cadre:

- chaque commande subséquente est un MP séparé
- remise en concurrence sur base des mêmes conditions précisées / ou de compléments (déjà fixés dans CSC AC) / négociations
- critères attribution peuvent différer mais à préciser dans le CSC (art. 43 §6,4° LMP)
- Durée de 4 ans, sauf circonstances exceptionnelles
- conclusion des MP subséquents pendant le délai et exécution après (+ 4 ans)

Publicité européenne

Procédures ouvertes?

PA BÉNÉFICIAIRES / ADHÉRENTS

- Plusieurs PA bénéficiaires
- « clairement identifiés » - art. 43 §1er , al. 2 LMP

CJUE , C-216/17, 19 décembre 2018 , Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato:

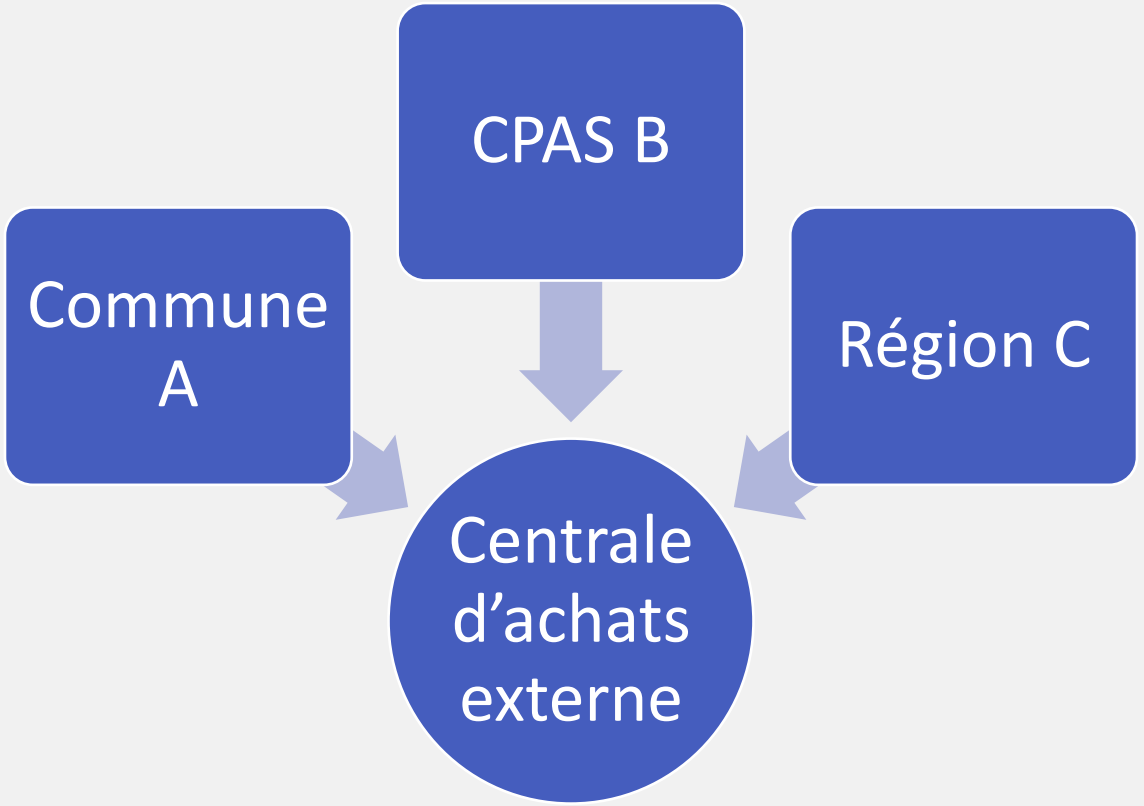
Identification non-ambigüe:

- ❖ Nominative
- ❖ OU catégorie particulière de PA dans une zone géographique clairement identifiée: un PA peut simplement apparaître comme un bénéficiaire « potentiel » et ne pas être membre au moment du lancement de l'A-C

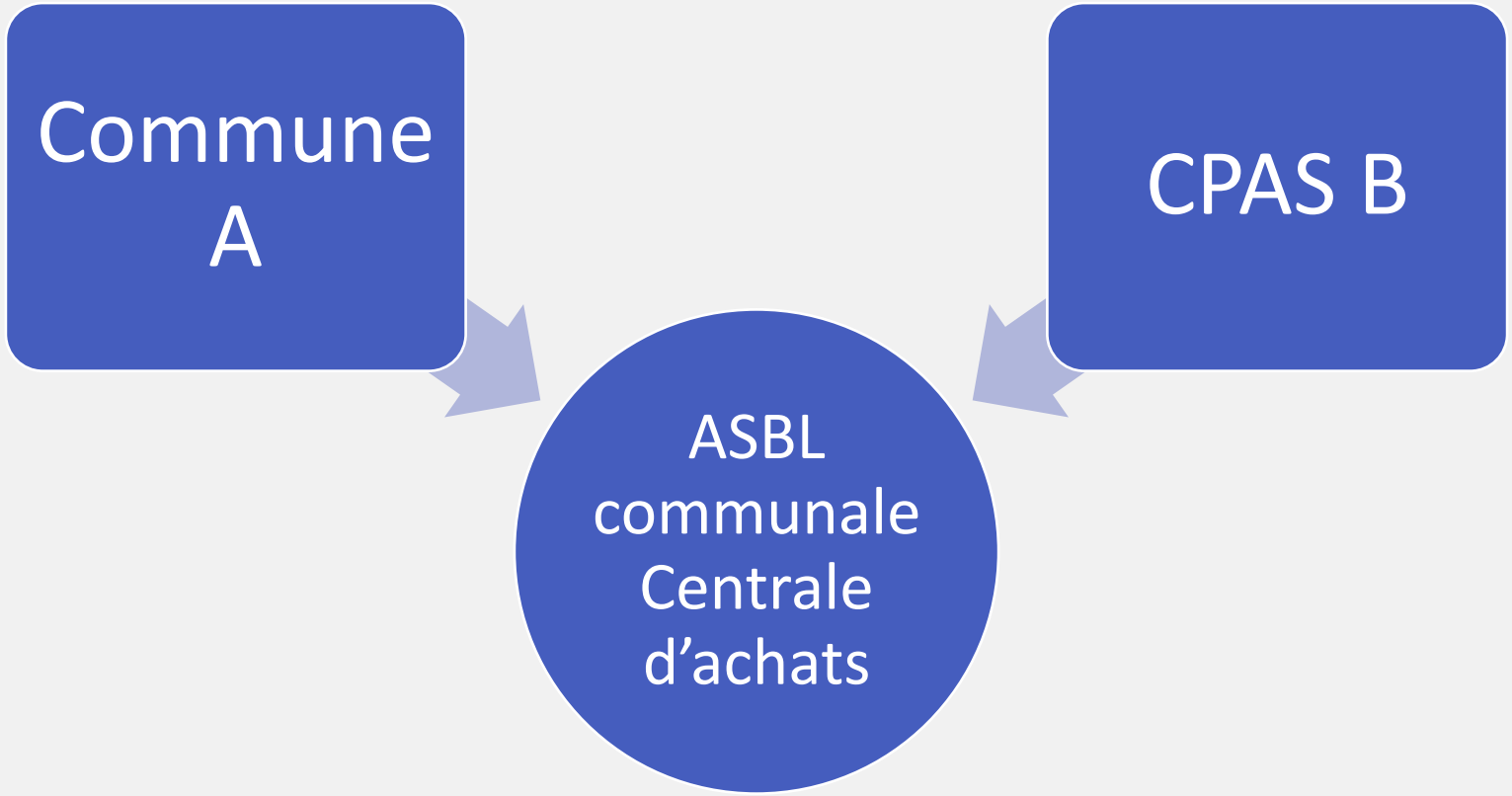
CONSEILS

- Identifier les centrales d'achat existantes auxquels le PA peut adhérer
- S'inscrire aux marchés lancés et les suivre
- Créer sa propre centrale d'achat:
  - ❖ régie communale, intercommunale, ASBL publique, …
    - ○ mise à disposition de personnel : article 144bis de la NLC; art. 42/11 et 60/61 Loi CPAS ; Art. L1212-12, L1523-43 et L2221-15 CDLD ;
    - ○ convention entre pouvoirs publics : art. 49 Ord. 5/07/18 relative aux modes spécifiques de gestion communale et à la coopération intercommunale

RECOURS À UNE CENTRALE D'ACHATS EXISTANTE



CRÉATION D'UNE CENTRALE D'ACHATS



AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS

- Avantages:
  - Spécialisation
  - Economies d'échelles?
  - Achats simples et répétitifs
- Inconvénients:
  - Pas possible de tout externaliser: nécessité du maintien d'un service MP pour les MP stratégiques
  - Perte de mainmise
  - Impact sur la stratégie d'achat: MP de proximité / OE locaux / MP réservés/ produits qualitatifs ou bio …
  - Contournement de certaines dispositions propres au PA?

MP CONJOINTS OCCASIONNELS

- MP conjoint : marché unique de T, F ou S qui est passé pour le compte de deux ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs par un PA désigné par eux qui interviendra au nom et pour le compte de tous (art. 48 LMP)
- Point commun entre le marché conjoint et la centrale :
  - 2 techniques qui permettent à plusieurs acheteurs de bénéficier d'une commande réalisée par un tiers

MP CONJOINTS OCCASIONNELS

Différences :

- La centrale est une *entité* qui attribue des marchés >< Le marché conjoint est un *marché public* attribué par un pouvoir adjudicateur pour le compte d'autres pouvoirs adjudicateurs.

- La centrale réalise des achats centralisés de manière *permanente* >< Le marché conjoint a un caractère *occasionnel pour un marché spécifique*

- Les PA parties à un marché conjoint commandent *pour eux-mêmes* >< La centrale passe des marchés *pour d'autres (et éventuellement elle-même)*.

LA CONVENTION DE MP CONJOINTS

- membres du groupement
- durée et objet: quel MP
- répartition des commandes entre les membres du groupement
- désignation du PA « pilote » et rôle de chacun dans la passation
- obligations et responsabilités de chaque partie, dans l'exécution (commandes, paiements, etc)

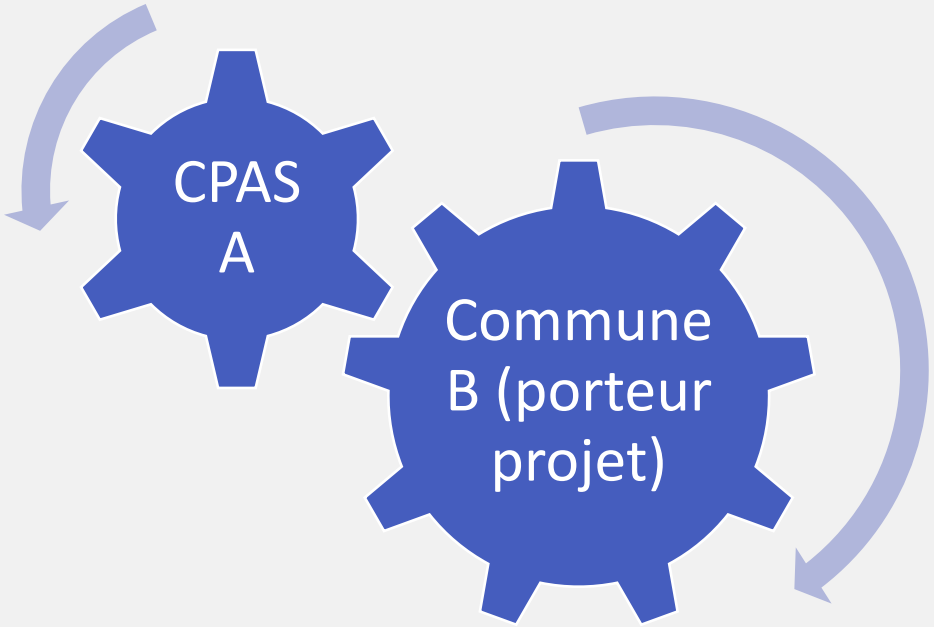
CONSEILS

- Inventaire des besoins mutualisables
- Identifier les PA « autour de soi » dont les services MP sont étoffés
- Collaborer pour les commandes communes
- Créer des services MP communs pour préparer les décisions des PA

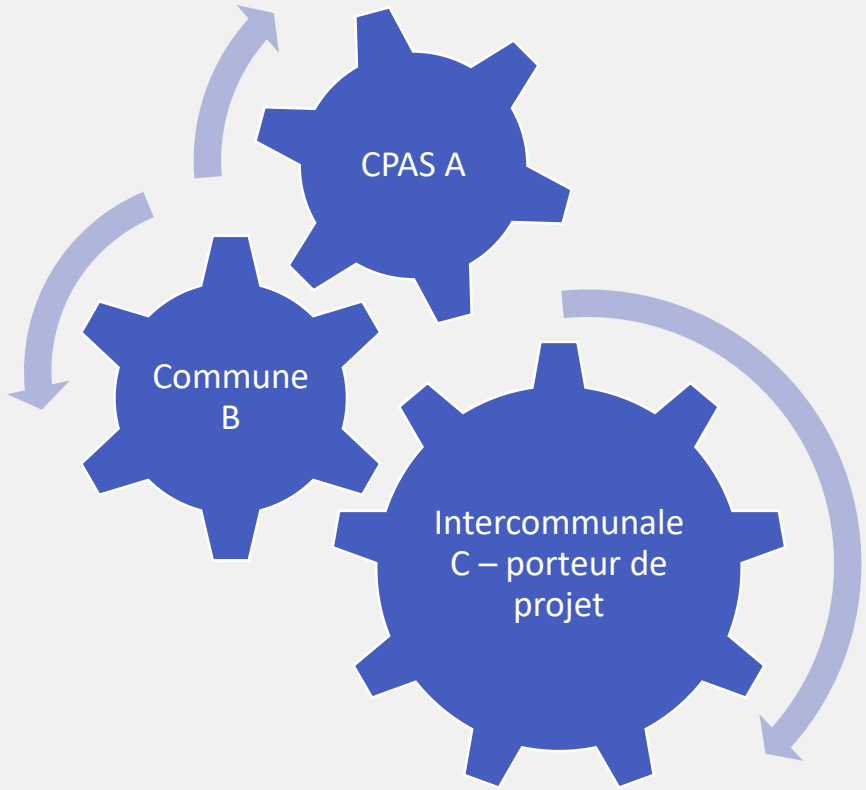
<u>Inconvénients :</u>

- Perte de mainmise
- Synergie à trouver entre (les équipes et responsables de) PA
- Coordination des besoins: objet, temporalité…

MARCHÉ CONJOINT À DEUX PA



MARCHÉ CONJOINT À PLUSIEURS PA



TRAVAUX, SERVICES ET FOURNITURES COMPLÉMENTAIRES

Commander sur base d'un précédent marché public

II. LES TRAVAUX, SERVICES ET FOURNITURES COMPLÉMENTAIRES

En pratique : les modifications de la commande initiale sont très fréquentes

→ Toute modification du contrat est autorisée SSI une des hypothèses énoncées aux articles 38 à 38/12 des RGE est rencontrée ;

A contrario : si la modification du contrat s'inscrit en dehors du cadre fixé par les articles 38 à 38/12 ➔ obligation de procéder au lancement d'une nouvelle procédure de passation

MODIFICATIONS (SANS CLAUSE DE RÉEXAMEN)

- Art. 38/1 – Arrêté royal du 14 janvier 2013 :

Une modification peut être apportée **sans nouvelle procédure de passation**, pour les travaux, fournitures ou services complémentaires du contractant principal qui sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché initial, lorsqu'un changement de contractant:

1) est impossible pour des raisons économiques ou techniques

2) présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour l'adjudicateur

- L'augmentation ne peut pas être supérieure à 50% de la valeur du marché initial (actualisé si clause d'indexation)

MODIFICATIONS (AVEC CLAUSE DE RÉEXAMEN)

- Article 38 – AR 14 JANVIER 2013
- Modification peut être apportée sans nouvelle procédure de passation si elle est **prévue dans les documents du marché** (y compris son champ d'application et la nature des modifications)

→permet que tous les opérateurs économiques intéressés aient d'emblée connaissance de la possibilité de modification du contrat en cours d'exécution. Elle empêche aussi que le PA modifie le marché à son entière discrétion.

- Quelle que soit la valeur monétaire
- Portée **autonome** de la clause de réexamen
- La modification doit être **claire, précise et univoque**
- La commande supplémentaire doit faire l'objet d'une publication si la valeur du marché est supérieure au seuil de publicité européenne

MODIFICATIONS (AVEC CLAUSE DE RÉEXAMEN)

En pratique

→travail de réflexion : anticiper, au stade de la préparation du marché, les problématiques, les aléas susceptibles de survenir, ou plus largement les modifications susceptibles d'être ordonnées.

→instrument très utile pour faire l'économie d'une mise en concurrence et pour déterminer à l'avance les conditions de la modification (ce qui permet d'éviter des discussions en cours d'exécution du marché)

→Selon le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 22 juin 2017, les clauses de réexamen peuvent s'avérer utiles dans de nombreux cas. Elles peuvent garantir, par exemple, que des équipements de communication devant être livrés sur une période de temps donnée restent appropriés également en cas de modification de protocoles de communication ou d'autres modifications technologiques. Les clauses de réexamen peuvent également faire en sorte qu'il demeure possible (pour autant que les clauses soient suffisamment claires) de prévoir des adaptations du marché rendues nécessaires par des difficultés techniques apparues pendant l'utilisation ou l'entretien.

NOUVEAUX T,S,F SIMILAIRES AU MARCHÉ INITIAL

Article 42, 2° et 4°, b) de la Loi du 17 juin 2016 → **PNSPP !**

- T et S - Article 42,2°: nouveaux travaux ou services similaires au marché initial

- Doit être indiquée dans le premier marché et les montants de ces T et S supplémentaires doivent être pris en compte pour les seuils européens.

- La décision d'attribution des marchés répétitifs doit en outre intervenir **dans les trois ans** après la conclusion du marché initial

- F – Article 42, 4°, b) : fournitures complémentaires destinés au renouvellement ou à l'extension de celles du marché initial ;

- Seulement possible si le changement de fournisseur implique des difficultés voire une incompatibilité technique

- La durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, **ne peut pas**, en règle générale, **dépasser trois ans**.

EN SYNTHÈSE

- Options envisageables pour adapter, dupliquer ou poursuivre ce qui existe déjà mais ne constitue pas une réelle situation « d'exception ».
- Doit être pensé et prévu lors de la phase de préparation du marché pour pouvoir être appliqué (montant pris en compte pour les T,S)

SERVICES SOCIAUX ET AUTRES SERVICES SPÉCIFIQUES

Un régime assoupli

PRINCIPAUX SERVICES CONCERNÉS

- Art. 88 à 91 LMP
- Services à la personne ou avec une dimension « proximité »
- Services limitativement énumérés à l'annexe III LMP: codes CPV à respecter!
- Dimension transnationale limitée: « services non-prioritaires »
- Volonté de permettre une flexibilité dans l'attribution

PRINCIPAUX SERVICES CONCERNÉS

- Services sanitaires & sociaux
- Services administratifs, soins de santé, éducatifs, culturels
- Services communautaires (assoc jeunes, syndicats,…)
- Services d’hôtellerie et de restauration
- Services de secours et d’incendie
- Services juridiques non-exclus (missions non-contentieuses)
- Services d’enquête, gardiennage, sécurité
- Services de poste et colis

PASSATION ASSOUPLIE

- PNSPP < 750K EUR HTVA (estimation) (au lieu de 143K EUR dépense à approuver)
  - avec régime assoupli
  - autres cas d'exc° restent
- OU PNDPP pour tous montants
  - 1 phase de SQ et attribution, avec négociation
  - avec régime assoupli
- OU procédures classiques
- OU procédure « sui generis » avec publication, égalité et transparence

PASSATION ASSOUPLIE

- Analyse du contenu de l'offre possible avant ME et SQ
- SQ ne doivent pas nécessairement être ceux listés par l'AR 18/04/17
- Critères d'attribution pas nécessairement pondérés
- Avis d'attribution uniquement pour les MP > 750K EUR HTVA (lesquels peuvent être publiés et groupés sur base trimestrielle)

SERVICES RÉSERVÉS À L'ÉCONOMIE PARTICIPATIVE

- Réservation du marché:
  - ❑ à des OE avec mission de service public
  - ❑ bénéfice réinvesti (ASBL/économie sociale)
  - ❑ Actionnariat ou participation des salariés, utilisateurs, parties prenantes
  - ❑ MP inférieur à 3 ans et pas attribué au même OE durant les 3 ans avant

Pour certains services

- Services administratifs d'enseignement, santé, logements
- Mise à disposition de personnel infirmier, médical, aide à domicile
- Services d'enseignement
- Services d'organisations sociales, organisations de jeunes, etc
- Services de santé et sociaux

LA PROCÉDURE NÉGOCIÉE SANS PUBLICATION PRÉALABLE ET LES MARCHÉS DE FAIBLE MONTANT

Procédures assouplies

LA PROCÉDURE NÉGOCIÉE SANS PUBLICATION PRÉALABLE

la procédure négociée sans publication préalable permet à un PA, après consultation de plusieurs opérateurs, d'attribuer un marché :

- sans publication préalable
- En consultant des candidats choisis par le PA
- En négociant, si besoin, les conditions du marché (sauf critères d'attribution)

→Procédure « plus simple » car moins formelle et plus souple

DANS QUEL CAS PEUT-ON ENVISAGER UNE PNSPP ?

Art.42 – Loi du 17/06/2016

Il ne peut être traité par procédure négociée sans publication préalable, mais si possible après consultation de plusieurs opérateurs économiques, que dans les cas suivants :

- Le marché d'un montant inférieur à 143.000,00 €, dépenses à approuver (Art.90)
- Présence d'évènements imprévisibles ne permettant pas au PA de respecter les délais exigés
- Aucune demande de participation ou d'offre n'a été déposée
- Les T,S et F ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé

EXEMPLES

- Désignation d'experts (bureau d'études, architectes, avocats, huissiers, …)
- Analyse ponctuelle de projet, scientifique ;
- Marchés de communication ou d'évènementiel
- Confection d'uniformes
- Achat de pièces de rechange
- Covid : fourniture gel hydroalcoolique
- En travaux : petite rénovation ou rafraichissement bâtiment

AVANTAGES

AVANTAGES
Choix des opérateurs consultés (qualité +, en éviter certains)
favoriser les opérateurs locaux (réduire les couts de déplacement, environnement +)
Rapidité de la procédure
Pas de publicité → facilité
seuil assez haut (143.000, 00 €) → ouvert à beaucoup de marchés
Pouvoir négocier : permet aux opérateurs de privés de cerner les besoins et les pratiques des PA
Maitrise de la PNSPP (>< autres procédures)
Assurer un cadre minimum (>< Marché de faible montant)

INCONVÉNIENTS

INCONVÉNIENTS
Difficulté dans l'estimation du montant du marché
Risque de nouvelle procédure si dépassement du seuil PNSPP
PNSPP souvent utilisé dans l'urgence → élaboration plus sommaire et moins dans le détail
Validations hiérarchiques qui peuvent faire perdre du temps (CSC, décision d'attribution, validation budget)
Plateforme obligatoire
Manque de tournante dans les opérateurs consultés
Rédaction d'un CSC (>< Marché de faible montant)
Nécessite de connaitre le secteur économique du marché pour passer en PNSPP

LE MARCHÉ DE FAIBLE MONTANT

- Un marché de faible montant peut être systématiquement utilisé en dessous de 30.000 € HTVA (régime antérieur : 8.500 €)
- Régime plus souple car uniquement soumis à certaines dispositions de la loi (Titre 1er et champ d'application)

<u>Avantages de cette procédure</u>

- Aucun avis de marché ne doit être publié
- Le marché peut être passé après simple consultation de plusieurs opérateurs économiques
- Pas d'obligation de remise d'une offre

→ En pratique, beaucoup de ressemblances avec la PNSPP

INCONVÉNIENTS

- Le prix comme unique critère d'attribution → qualité inférieure des prestations
- Méconnaissance du secteur → mauvais opérateurs consultés
- Absence de tournante dans les opérateurs contactés → peut également constituer un avantage
- risque de « saucissonnage »

LE « SAUCISSONNAGE »

- L'acquisition répétée sur une courte période de travaux, fournitures ou services similaires pour lesquels s'appliquent des obligations moindres que celles qui leur seraient imposées si leur estimation avait été conforme à la réglementation est **interdite**.
- Le recours illicite à la procédure négociée sans publicité alors que le marché devait être passé selon la procédure d'adjudication publique ou selon la procédure d'appel d'offres, notamment par l'usage de techniques de fractionnement (« saucissonnage ») du marché, peut constituer une **entrave ou un trouble à la liberté des enchères** et des soumissions et relever à ce titre de **l'article 314 du Code pénal**.

→ importance de bien estimer son marché conformément aux articles 6 et 7 de l'AR Passation

EN SYNTHÈSE

- La PNSPP et le MFM sont des procédures plus simples et plus rapides
- Ces procédures sont souvent choisies car elles permettent un libre choix des opérateurs et une absence de publicité
- La PNSPP et le MFM permet la négociation qui peut être un réel atout si le PA a une connaissance suffisante du secteur
- Attention au saucissonnage et ses conséquences (pénales)

→ La PNSPP et le MFM ne sont pas donc des exceptions à la règlementation mais bien des options envisageables dans les cas prévus par la loi, qui peuvent permettre un gain de temps et une économie de moyens si elles sont suffisamment maitrisées.

II. LES EXCEPTIONS **HORS DE** LA RÈGLEMENTATION DES MARCHÉS PUBLICS

(i) Les contrats exclus des marchés publics

(i) Les concessions de travaux ou de services

(i) Les subventions

(i) Absence de sélectivité

LES CONTRATS EXCLUS DES MARCHÉS PUBLICS

Focus sur les transactions immobilières

10 SERVICES EXCLUS - ART.28 LMP

- l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou concernant des droits sur ces biens
- Services juridiques *« contentieux »* (avocats + huissiers + …)
    - art. 125 AR 18/04/17: consultation, si possible, des conditions sans demander d'offre
- prêts (bancaires ou non)
- contrats d'emploi

TRANSACTIONS IMMOBILIÈRES EXCLUES

Rappel notion de MP de travaux

Contrats exclus:

- Par leur nature
- Par l'art. 28, 1° LMP

NOTION DE MP DE TRAVAUX : ART. 2,18° ET ANNEXE I LMP

- Contrat
- A titre onéreux = contrepartie
- Entre un ou plusieurs « adjudicateurs » (pouvoirs adjudicateurs + entités adjudicatrices)
- Et un ou plusieurs opérateurs économiques
- Ayant pour objet des travaux:
  - exécution (et éventuellement conception) de travaux (annexe I Loi 17/06/16)
  - exécution (et éventuellement conception) d'un « ouvrage » (ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique)

Tout contrat immobilier entre une autorité publique et un tiers, conclu à titre onéreux et ayant pour objet l'exécution de travaux ou d'un ouvrage est donc soumis à la règlementation des marchés publics

EXCLUSIONS SPÉCIFIQUES

- Exclusions par leur nature:
  - ✓ la cession de droits par l'autorité à un tiers: droits réels, droits personnel, concessions domaniales (autorité = cédant; objet ne constitue pas des travaux)
    - ❑ Même avec charges: CE., arrêt n°84.721 du 18 janvier 2000, D-B INVEST: vente d'un terrain par la SNCB et réservation de quelques places de parking
    - ❑ Attention, si la cession implique des travaux à réaliser, risque de requalification
    - ❑ C.E., n° 215.018 du 8 septembre 2011, LE PRINCE: attribution d'une concession domaniale sur place du Marché aux légumes à Namur pour fêtes de Wallonie
  - ✓ les actes unilatéraux: autorisations domaniales, charges d'urbanisme, subventions, expropriation;
  - ✓ les contrats gratuits: dons et legs
    - ❑ CE, arrêt n°238.471 du 9 juin 2017, Fondation polaire internationale (exploitation de la station polaire comme condition de sa donation)

EXCLUSIONS SPÉCIFIQUES

- Exclusion par l'effet de la règlementation:
  - ✓ *« l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou concernant des droits sur ces biens »* (art. 28,1° LMP): ouvrages déjà existants (ou en cours d'édification), non édifiés ou non adaptés en vue de répondre aux besoins du PA
  - ✓ les contrats « in house » (vertical ascendant/descendant, horizontal, conjoint) et la « coopération horizontale non-institutionnalisée » (art. 30 et 31 LMP)
  - ✓ les concessions de travaux

OPÉRATIONS IMMOBILIERES COMPLEXES ET CONTRATS MIXTES

Location avec travaux, location-vente, sales and lease back, échanges d'un terrain contre un bâtiment, partenariats publics-privés

Interprétation fonctionnelle de la notion de travaux: qualification des parties n'est pas déterminante (CJUE 29/10/09, C-536/07, Commission / Allemagne n°54 et 55)

Critère d'application:

*« réalisation d'un ouvrage répondant aux exigences du PA, qui exerce une **influence déterminante sur sa nature ou sa conception** » / « déterminer si les **spécifications formulées par PA** visent à satisfaire des demandes qui dépassent ce que le locataire d'un immeuble peut habituellement exiger »*

Si oui: objet véritable = travaux

OPÉRATIONS IMMOBILIERES COMPLEXES ET CONTRATS MIXTES

Art. 21 LMP détermination du caractère objectivement séparable des marchés

- ✓Si inséparables : régime lié à l'objet principal
- ✓Si séparables :
  - ❖Soit gestion séparée : régimes différents pour chaque partie
  - ❖Soit gestion commune : MP

EXEMPLES DE MARCHÉS PUBLICS

- Location d'un immeuble de bureau à construire par un promoteur privé pour abriter le SPRB: soumission car travaux répondant spécifiquement aux besoins de la RBC – **influence déterminante sur la conception:** CE arrêt n°242.755 du 23 octobre 2018, FEDIMMO

- Octroi d'un contrat d'emphytéose à un privé sur un immeuble historique avec obligation de réaliser des travaux de rénovation: CE, arrêt n° 216.464 du 24 novembre 2011, Wegrestaurant Nazareth / Stad Gent

- Location par la Ville de Cologne à un promoteur de halls d'exposition à construire sur un terrain vierge : CJUE, 29 octobre 2009, C-536/07, Commission / Allemagne

- Location d'un immeuble à construire (palais de justice) pour la Ville italienne de BARI: C.J.U.E, 10 juillet 2014, aff. C-213/13, Impresa Pizzarotti.
- Convention d'aménagement urbain: complexe urbain avec certains immeubles pour le PA: CJUE 18/01/2007, C-220/05, Auroux / Roanne
- Cession de droits sur un terrain à Gand pour y construire un éco-quartier: CE, nr. 240.043 van 30 november 2017, BOPRO SUSTAINABLE INVESTMENT

EXEMPLES D'ACTES HORS MARCHÉS PUBLICS

- Pas de MP si permis de construire du bâtiment à louer a déjà été déposé avant location: C.E., 12 juillet 2018, n° 242.094, BEFIMMO.

- Location d'un immeuble à construire (bâtiment administratif) par la Ville de Vienne à une entreprise privée dont les plans existaient avant le contrat de bail): CJUE, 22 avril 2021, C-537/19, Commission / Autriche

- CE., arrêt n°84.721 du 18 janvier 2000, D-B INVEST: vente d'un terrain par la SNCB et réservation de quelques places de parking

URBANISME ET MARCHÉS PUBLICS

- Exercice de compétences urbanistiques:
  - n'a pas pour objet la réception d'une prestation contractuelle, ni la satisfaction de l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur
  - CJUE, 25 mars 2010, C-451/08, Muller
  - CE, arrêt n°254.209 du 1er juillet 2022, JAMBES CASERNES EQUILIS: vente d'un complexe sportif avec charges de construire un nouveau quartier avec voirie: pas d'intérêt économique du PA sur les ouvrages
- Les charges d'urbanisme:
  - ❖ réalisation ou la rénovation de voiries, d'espaces verts publics, la réalisation ou la rénovation de constructions ou d'équipements publics ou communautaires exclues
  - ❖ mais attention: CJUE 12 juillet 2001, C-399/98, Ordine degli architetti: ouvrage répondant aux besoins du PA – contrepartie résultant d'une réduction de charges

LES CONCESSION DE TRAVAUX OU DE SERVICES

Transfert du risque d'exploitation

LES CONCESSIONS DE TRAVAUX OU DE SERVICES

- ✓ Loi du 17 juin 2016 relative aux concessions de travaux et services
- ✓ Concession de travaux ≠ concession domaniale
- ✓ Art. 2,7° Loi concessions : droit d'exploiter les ouvrages ou les services, avec prix éventuel
- ✓ Concession = contrat onéreux de travaux avec transfert d'un risque significatif d'exploitation au partenaire:
  - ❖ PPP immobilier: DBFM(O)
  - ❖ Sale and lease back
  - ❖ Péages autoroutiers
  - ❖ Exploitation d'une station d'épuration

VALEUR DES CONCESSIONS

- Application de la loi aux:
  - ❑ concession de travaux
  - ❑ concession de services > 5.538.000 EUR HTVA

- Sous les seuils, application des principes généraux

EXEMPLES

- Exploitation d'une cafétéria / restaurant
- Exploitation d'une infrastructure sportive
- Exploitation d'un centre culturel communal
- CE, arrêt n°248.196 du 2 septembre 2020, dépannage LA France:
    - services de fourrière
    - pas de transfert de risque, sans droit d'exploitation
    - concession est un mode de gestion de services à destination d'usagers / de *« bénéficiaires »*

LES SUBVENTIONS

III. LES SUBVENTIONS

Définition (*Art. 4, Loi du 14 novembre 1983 relative au contrôle de l'octroi de certaine subventions)*

Toute contribution, avantage ou aide, quelles qu'en soient la forme ou la dénomination, en ce compris les avances de fonds récupérables consenties sans intérêts, octroyées en vue de promouvoir des activités utiles à l'intérêt général, à l'exclusion toutefois des prix décernés aux savants et aux artistes pour leurs œuvres.

Mécanisme // aux marchés publics : une autorité publique demande à une entité distincte de réaliser une prestation moyennant une contrepartie financière

Principe général d'égalité de traitement des candidats ou des bénéficiaires est également d'application

Différences avec les MP :

- la base légale
- la nature du besoin à satisfaire
- l'investissement à fonds perdus
- la personne définissant le besoin

CARACTÉRISTIQUES ET DIFFÉRENCES

- Base légale : pas de subvention sans texte ! Le texte prévoit : l'objet, les bénéficiaires, l'activités visés, les éléments essentiels de son montant, les règles d'octroi, …

→Fondement juridique : unilatéral (subvention) ou bilatéral/contrat (marché public)

« *le bénéficiaire ne noue pas de contrat mais réunit des conditions d'octroi* »

- Profit direct à l'autorité publique : oui (marché public) ou non (subvention)
- Toutefois en pratique, les subventions prennent parfois la forme d'un contrat mais cela ne les discréditent pas de leur caractère unilatéral (CE, n°169.066 du 19 mars 2007) : le contrat vient encadrer l'exécution de la décision unilatérale

CARACTÉRISTIQUES ET DIFFÉRENCES

- L'allocation « à fonds perdu » : la subvention n'est pas la contrepartie directe d'une prestation fournie (subvention partielle)
- Subvention >< libéralité : absence totale de contrepartie dans la libéralité !
- Finalité de l'acte : la subvention encourage une activité utile à l'intérêt général tandis que le marché public est nécessaire pour les besoins de l'autorité publique.
- Définition de l'objet : par le PA (marché public) par le tiers ou le PA (subvention)

SUIS-JE FACE À UNE SUBVENTION OU À UN MARCHÉ PUBLIC ?

- Organisation d'une fête folklorique sur la grand place de la ville en vue de célébrer un jubilé ?
- Organisation de la fête du personnel et sympathisants de la ville dans sa salle de fête ?
- Construction d'une statue à l'effigie d'une personnalité marquante de la ville ?
- Construction d'une annexe au bâtiment communal en vue d'agrandir les guichets d'accueil citoyen ?

AUTRES EXEMPLES DE SUBVENTIONS

- Rénovation de façade de propriétés privées
- Rénovation énergétique
- Projet culturel (festival de musique local)
- Soutien aux entreprises développant des technologies vertes
- Cours de langue aux réfugiés
- Reboisement et biodiversité
- …

DIFFÉRENCES ENTRE SUBVENTION ET MARCHÉ PUBLIC

Critères	Subvention	Marché public
Notion	Aide financière de soutien	Contrat
Base légale	Loi, décret ou arrêté spécifique	Loi du 17 juin 2016
Initiative	Bénéficiaire de la subvention	L'autorité publique
Mise en concurrence	Pas obligatoire	Obligatoire
Égalité de traitement	Obligatoire	Obligatoire
TVA	Non	Oui
Contrepartie	pas de contrepartie directe	L'autorité reçoit un service, un bien ou un travail précis
Sanctions	Restitution en cas de non-respect des conditions	Pénalités, mesures d'office, …

ABSENCE DE SÉLECTIVITÉ

La notion de marché public

ABSENCE DE SÉLECTIVITÉ

CJUE, 1er mars 2018, C-9/17 « Tirkkonen »

- Marché de consultance agricole : pas de critère d'attribution. Si le candidat répond aux critères de sélection qualitative, il est admis à l'accord-cadre à la condition de réussir un examen.
- Le PA avait considéré qu'il pouvait se contenter de sélectionner tous les candidats ayant réussi le test de sélection et leur attribuer des missions par la suite.
- Toutefois, la Cour va considérer qu'en l'absence de sélection d'une ou plusieurs offres, le contrat ne peut être qualifié de marché public.

Enseignement:

- Pourrait s'appliquer à des contrats où les prestataires sont choisis sur base de certification, avec des rémunérations barémiques

Exemples :

Marchés de certificateurs PEB pour l'audit de bâtiments d'un PA

Huissiers de justice

SYNTHÈSE

- La notion de marché public est connue comme étant un contrat à titre onéreux conclu entre un PA et un opérateur économique dont l'objet est visé par la règlementation des marchés publics.
- L'arrêt Tirkkonen est dans la lignée de l'arrêt Falk Pharma au terme duquel la Cour affirmait que le choix d'une offre (et donc d'un adjudicataire) constituait un élément intrinsèque à la notion de marché public.

→ En l'absence de sélectivité, il n'y a pas de marché public !

LES PRINCIPES GENERAUX APPLICABLES AUX CONTRATS/ACTES UNILATERAUX EXCLUS

Droit européen et droit belge

ÉGALITÉ, NON-DISCRIMINATION, CONCURRENCE ET PROPORTIONNALITÉ

CE, arrêt n°219.116 du 2 mai 2012, BELGACOM.

*« 14.1 « Même s'il ne doit pas être considéré comme une concession pour la gestion d'un service public […] force est de constater que cet accord […] doit être précédé d'une publication. Il ressort en effet de la jurisprudence que **le principe de publication, dérivé du principe d'égalité, de non-discrimination et de transparence, est également applicable à d'autres contrats publics, tels que l'octroi de droits réels immobiliers ou l'octroi d'une concession domaniale ».***

(…)

*34. **Selon la jurisprudence de la Cour de justice, l'obligation de transparence est « une condition préalable obligatoire du droit d'un État membre d'attribuer à un opérateur le droit exclusif d'exercer une activité économique, quel que soit le mode de sélection de cet opérateur »** (C.J.U.E., arrêt Sporting Exchange du 3 juin 2010, C-203/08, point 47). Et la Cour de poursuivre en ajoutant que le vaste pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité « ne saurait légitimer un comportement discrétionnaire de la part des autorités nationales, de nature à priver de leur eff et utile les dispositions du droit de l'Union, notamment celles relatives à une liberté fondamentale telle que la libre prestation des services » (C.J.U.E., arrêté précité, point 49).*

CHAMP D'APPLICATION MATERIEL

- **Tous les contrats immobiliers y compris MP ou concession**
  - conventions de concession de travaux: C-324/98 TELAUSTRIA (2000) / C-458/03 PARKING BRIXEN (2005) / C-231/03 CONAME (2005)
  - cessions de droits réels: CE, arrêt n° 233.355 du 23 décembre 2015, KINEPOLIS – octroi d'un droit d'emphytéose sans concurrence à DE LIJN près d'Anvers
  - concessions domaniales: CE, arrêt du 2 février 1993, Jur. Anv., 1994, p. 318; C.J.U.E., arrêt du 14 juillet 2016 (Promoimpresa Srl / Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro, Regione Lombardia; Mario Melis e.a. / Comune di Loiri Porto San Paolo, Provincia di Olbia Tempio), aff. C-458/14 et C-67/15.
  - concessions d'exploitation d'un cinéma: CE arrêt n°212.886 du 2 mai 2011, La Renaissance

- **Tous les actes unilatéraux octroyant un droit exclusif économique**:
  - Autorisation domaniale, autorisation de voirie
  - Agréments ou subsides

CHAMP D'APPLICATION MATERIEL EXCEPTIONS

- ✓ Exceptions au principe de transparence européenne:
  - ❑ Absence d'intérêt transfrontalier certain:
    - ✓ Interprétation stricte
    - ✓ Principes de droit belge: CE 2 février 1993 SEAPORT TERMNALS
  - ❑ Activités non-économiques
    - ✓ Activités régaliennes:
      - ❖ CJUE C-264/18 (2019): services juridiques participant à l'exercice de la puissance publique
      - ❖ Expropriation
  - ❑ Cas particuliers
    - ✓ Opérateur unique: CE, arrêt n°238.471 du 9 juin 2017, Fondation polaire internationale (exploitation de la station polaire comme condition de sa donation) ; CE, arrêt n°220.328 du 13 juillet 2012, Immorocha (échange d'un terrain jouxtant un parc communal).

NATURE DE L'OBLIGATION DE TRANSPARENCE

Caractère d'ordre public

Caractère supra-constitutionnel

Enjeu procédural conséquent

- Nullité absolue des actes
  - Cass. 22 janvier 2021 (PROXIMUS nv / INTERKABEL VLAANDEREN cv, FLUVIUS ANTWERPEN): nullité de l'attribution directe d'une concession sur réseau télé
  - Exception à la nullité si pas d'opérateur intéressé OU si raisons impérieuses d'intérêt général
- Droit d'action de tout tiers, sans justification d'un intérêt et sans limite de temps

PRINCIPES DE DROIT BELGE

- Principe d'égalité et non-discrimination : art. 10-11 Constitution
- La poursuite de l'intérêt général : Cass., 10 mai 1929, Pas., I, 183
- Principe de légalité et «Patere legem quam ipse fecisti » (Souffre la loi que tu as faite toi-même)
- Principes de bonne administration
- Loi du 29 JUILLET 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs
- Circulaires wallonne du 23 février 2016 portant sur les opérations immobilières des pouvoirs locaux et bruxelloises des 22/12/15 (RBC) et 03/05/16 (CCC) relatives à l'acquisition ou l'aliénation d'un droit de propriété ou de droits réels relatifs aux biens immeubles

CONSÉQUENCES PROCEDURALES

- ❑ Publicité adéquate et proportionnée
- ❑ Conditions et modalités de la procédure formulées de manière écrite, claire, précise et univoque
- ❑ Critères de choix objectifs et liés à l'objet du marché, préalablement adoptés
- ❑ Devoir de minutie : analyse correcte dossier
- ❑ Traitement égalitaire : CE, arrêt du 2 février 1993, Jur. Anv., 1994, p. 318. CE, arrêt n°48.082 du 21 juin 1994, n.v. SEAPORT TERMINALS
- ❑ Décision motivée
- ❑ Indication des voies de recours

CONSEQUENCES SUR LE CONTRAT

- Durée proportionnée: illégalité d'une concession administrative de 20 ans + 10 ans à un opérateur unique pour l'exploitation d'un service de transport fluvial (CJUE, 9 mars 2006, Commission/Espagne, C-323/03)
- Interdiction de modifier une condition essentielle: CJUE, 13 avril 2010, C-91/08, WALL, point 37
- Pas de reconduction automatique des contrats publics

MERCI POUR VOTRE ATTENTION!

Gauthier ERVYN &
Olivier VANDINGENEN

Avocats

T +32 (0) 2 315 53 00

M (GE) +32 (0) 473 87 78 54

M (OV) + 32 (0) 493 67 03 69

ge@resolved.law – ov@resolved.law

